Zivilrecht: BGB AT, Deliktsrecht **Semester:** Examen
Schwerpunkte: Zustandekommen eines Werkvertrags, Einigungsmangel, Sittenwidrigkeit, Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB, Anfechtung.

Prof. Dr. Thomas Hoeren / Julia Seiler*

Abofalle Routenplaner[1]

Sachverhalt

Frau A, wohnhaft in Berlin, ist sowohl geschäftlich als auch privat viel mit dem Auto unterwegs. Als sie eines Tages wieder dringend zu einem Geschäftstermin fahren muss, will sie schnell im Internet die Route nachgucken. Auf der Internetseite „www.routenplaner-services.de" wird sie fündig. Um den Internetdienst nutzen zu können, muss Frau A sich anmelden, indem sie ihren Namen und ihre Adresse angibt. In ihrer Hektik und mit der Absicht, die Seite künftig weiterhin regelmäßig zur Routenplanung für Geschäftstermine sowie sporadisch auch privat zu nutzen, betätigt sie den Anmelde-Button. Dabei übersieht sie, dass sich am unteren Rande der Webseite ein Link mit dem unauffälligen Titel „Weitere Informationen" befindet. Hinter diesem erscheint in einem Fließtext ein Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit des Angebotes.
Einige Tage später erhält sie eine Rechnung über 96 Euro. Erst jetzt merkt sie, dass es sich bei der Internetseite gar nicht um einen kostenlosen Dienst handelt, sondern dass sie ein Abo für 96 Euro pro Jahr mit einer Mindestlaufzeit von zwei Jahren abgeschlossen hat.
Frau A ist empört und denkt nicht daran zu zahlen. Dies teilt sie der Betreiberin der Website, der X mit Wohnsitz in Hamburg, in einem wütenden Brief mit. Nun bekommt sie von X regelmäßig Mahnungen, in denen sie zur Zahlung aufgefordert wird. Die X droht damit, notfalls eine Inkasso-Firma einzuschalten.
Daraufhin erhebt Frau A Klage zum Amtsgericht Berlin mit dem Begehren, feststellen zu lassen, dass eine Zahlungspflicht nicht besteht. Sie bringt vor, dass die X schon allein von Gesetzes wegen verpflichtet gewesen sei, die Kostenpflichtigkeit des Angebotes mehr zu betonen. Außerdem sei es ohnehin an der Zeit, etwas gegen die Geschäftspraktiken der X zu unternehmen, seien doch schon – was der Realität entspricht – eine große Anzahl von Nutzern in jene „Abofalle" getappt.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg? Es ist ggf. hilfsgutachterlich auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen.

Abwandlung:
Entgegen dem Ausgangsfall klagte Frau A nicht direkt, sondern schaltete zunächst nur einen Rechtsanwalt ein, der der X mit einem Schreiben im Namen der A mitteilte, dass seine Mandantin keine Zahlungspflicht treffe. Die X zog daraufhin ihre Forderung gegen A zurück.

Diese fragt sich nun, ob sie die Kosten, die ihr durch Einschaltung des Rechtsanwaltes entstanden sind, von der X ersetzt verlangen kann?

Bearbeiterhinweis: Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und der Preisangabeverordnung (PAngV) sind nicht zu berücksichtigen.

---

* Prof. Dr. Thomas Hoeren ist Leiter der zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) der Universität Münster sowie seit 2012 Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster. Julia Seiler war wissenschaftliche Mitarbeiterin in der zivilrechtlichen Abteilung des ITM.

1 Die vorliegende Klausur basiert auf einem Fall, der in leicht veränderter Form im Examensklausurenkurs der Universität Münster gestellt wurde. Schwerpunktmäßig beschäftigt sie sich mit Problemen aus dem allgemeinen Teil des BGB sowie dem Deliktsrecht, prüft aber auch vertiefte Kenntnisse des Bearbeiters im Strafrecht ab.

Gliederung

A. Ausgangsfall

I. Zulässigkeit der Klage
  1. Zuständigkeit des Gerichts
  2. Einschlägige Klageart
  3. Besondere Voraussetzungen der Klageart

II. Begründetheit der Klage
  1. Anspruch entstanden
    a) Werkvertrag geschlossen
      aa) Werkvertrag
      bb) Vertragsschluss
        (1) Angebot
        (2) Annahme
          (a) Vertragsschluss
          (b) Einigungsmangel
          (c) Rechtsfolge
    b) Hilfsgutachten
    c) Wirksamkeit
      aa) Sittenwidrigkeit § 138 I BGB
        (1) Auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung
        (2) Weitere Umstände (subjektives Element)
      bb) Wirksame Anfechtung
        (1) Anfechtungserklärung
        (2) Anfechtungsgrund
          (a) Täuschungshandlung
            (aa) Rechtspflicht aus Fernabsatzrecht
            (bb) Rechtspflicht aus allgemeiner Interessenlage
          (b) Rechtswidrigkeit
          (c) Irrtum und kausale Willenserklärung
          (d) Arglist des Täuschenden
          (e) Kein Ausschluss gem. § 123 II BGB
        (3) Kein Ausschluss
  2. Anspruch nicht erloschen
  3. Anspruch durchsetzbar

B. Abwandlung

I. §§ 280 I, 241 II BGB
II. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB
III. § 823 I BGB
IV. § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB
  1. Anspruch entstanden
    a) Schutzgesetzverletzung
      aa) Vorliegen eines Schutzgesetzes
      bb) Schutzgesetzverletzung
        (1) Durch das Erstellen und Online-Verfügbarmachen der Website
          (a) Objektiver Tatbestand
            (aa) Täuschung
            (bb) Kausaler Irrtum
            (cc) Vermögensverfügung
            (dd) Vermögensschaden
          (b) Subjektiver Tatbestand
            (aa) Vorsatz bezüglich aller Tatbestandsmerkmale
            (bb) Absicht stoffgleicher Bereicherung
            (cc) Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und Vorsatz diesbezüglich
        (2) Durch die Geltendmachung der Forderung
    b) Rechtswidrigkeit und Schuld

c) Rechtsfolge
2. Anspruch nicht erloschen und durchsetzbar
V. § 826 BGB
1. Anspruch entstanden
a) Sittenwidriges Verhalten
b) Zufügung eines Schadens
c) Vorsatz
d) Rechtsfolge
2. Anspruch nicht erloschen und durchsetzbar
VI. §§ 91 ff. ZPO analog
VII. Ergebnis

Gutachten

A. Ausgangsfall

Die Klage der A könnte Erfolg haben. Hierfür müsste sie zulässig und begründet sein.

I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage der A könnte zulässig sein. Dafür müsste sie folgende Voraussetzungen erfüllen:

Anders als im Verwaltungsprozess sind im Zivilprozess bei der Zulässigkeit der Klage nur die Punkte anzusprechen, die wirklich problematisch sind. Alle anderen Sachurteilsvoraussetzungen sind bei mangelnden Sachverhaltsangaben als gegeben zu unterstellen.

1. Zuständigkeit des Gerichts

Zunächst müsste das angerufene Gericht sachlich und örtlich zuständig sein.
Sachlich zuständig ist hier gem. §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG das Amtsgericht. Fraglich ist jedoch, ob die A mit dem AG Berlin auch das örtlich zuständige Gericht angerufen hat. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach den §§ 12 ff. ZPO. Mangels Einschlägigkeit eines ausschließlichen Gerichtsstandes wäre gem. § 12 ZPO der allgemeine Gerichtsstand maßgeblich. Dies ist gem. § 13 ZPO bei einer natürlichen Person deren Wohnsitz, mithin hier Hamburg. Hier könnte die B aber gem. § 35 ZPO ein Wahlrecht hinsichtlich des Gerichtsstands haben. Dann müssten weitere Gerichtsstände einschlägig sein.
Hier könnte der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. § 29 ZPO einschlägig sein. Dann müsste es sich um eine Streitigkeit aus einem Vertragsverhältnis oder über dessen Bestehen handeln. Letzteres ist hier mit der negativen Feststellungsklage der A der Fall. Zuständig ist in diesem Fall das Gericht des Ortes, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Hier liegt der Erfüllungsort der zwischen A und X streitigen Verbindlichkeit gem. § 269 I BGB am Wohnsitz der A, folglich in Berlin. Mithin ist gem. § 29 ZPO auch Berlin als Gerichtsstand einschlägig. Mithin war auch das AG Berlin örtlich zuständig.
Somit ist das von A angerufene AG Berlin örtlich und sachlich zuständig.

2. Einschlägige Klageart

Fraglich ist welche Klageart hier einschlägig ist. Dies richtet sich nach dem Begehren der Klägerin. Hier will die A festgestellt haben, dass sie gegenüber der X keine vertragliche Verpflichtung trifft. Bei einer vertraglichen Verpflichtung handelt es sich um eine rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen, mithin um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 265 I ZPO. Somit ist hier die negative Feststellungsklage gem. § 265 I 2. Var. ZPO einschlägig.

3. Besondere Voraussetzungen der Klageart

Weiterhin müssten die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der Klageart erfüllt sein. Die negative Feststellungsklage ist nur dann zulässig, wenn der Kläger ein Feststellungsinteresse hat, § 256 I a.E. ZPO. Dieses ist immer dann gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen.[2] Bei einer negativen Feststellungsklage ist dies vor allem dann der Fall, wenn der Beklagte sich einer Forderung gegen die Klägerin berühmt.[3]
Hier machte die X nicht nur eine Forderung gegen die A geltend. Sie unterstrich ihr Begehren sogar noch mit „Drohmaßnahmen", wie diversen Mahnungen und der Ankündigung, ein Inkassounternehmen einschalten zu wollen. Mithin war hier eine entsprechende Unsicherheit für die A gegeben. Das Feststellungsinteresse liegt vor.
Somit sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage gegeben. Sie ist zulässig.

2 BGH NJW 2010, 1877, 1878 m.w.N.
3 Vgl. BGH GRUR 2011, 1117, 1118; Musielak-*Foerste*, ZPO, 8. Aufl., 2011, § 256 Rn. 9.

II. Begründetheit der Klage

Die Klage der A müsste weiterhin begründet sein. Dies wäre dann der Fall, wenn das streitige Rechtsverhältnis zwischen ihr und der X nicht bestünde. Zwischen X und A könnte jedoch ein Rechtsverhältnis in Form eines Werkvertrages bestehen, aus dem X gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 96 Euro gem. § 631 I BGB haben könnte.

1. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein. Dafür müsste die A mit der X einen wirksamen Werkvertrag geschlossen haben.

a) Werkvertrag geschlossen

Die Parteien könnten hier einen wirksamen Werkvertrag geschlossen haben. Ein Werkvertrag besteht aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, die auf den Abschluss eines Werkvertrages gerichtet sind, Angebot und Annahme.

aa) Werkvertrag

Dabei ist hier zunächst zu fragen, ob der hier vorliegende Vertrag wirklich einen Werkvertrag darstellt oder nicht eventuell ein Dienstvertrag gem. §§ 611 ff. BGB vereinbart worden ist. Die Abgrenzung richtet sich maßgeblich nach dem von den Parteien vereinbarten Leistungsgegenstand.[4] Beim Werkvertrag schuldet der Werkunternehmer nach dem Gesetz den Erfolg seiner Leistung, beim Dienstvertrag hingegen das einfache Bemühen um einen Leistungserfolg. Mithin ist hier zu fragen, ob die X nach der Intention der Parteien einen Erfolg schuldete.

X bot hier über ihre Internetseite „www.routenplaner-services.de" einen interaktiven Service zum Erfragen und Planen von Fahrstrecken an. Der jeweilige Nutzer erhält bei so einem Angebot üblicherweise nach Eingabe seines Start- und Zielortes eine für ihn berechnete Route, der er mit seinem Fahrzeug folgen kann. Nicht intendiert ist jedoch, dass die X sich lediglich um die Erstellung der Route bemühen muss, dem Nutzer aber nicht zusagt, ihm ein Ergebnis zu liefern. Es geht hier vielmehr darum, dass der jeweilige Nutzer die Datenbanken der X in Anspruch nehmen kann, um eine konkrete Route zu erhalten. Mithin ist hier schon nach der Konstruktion des Angebotes als sog. Content-Providervertrag ein Erfolg geschuldet.[5] Es handelt sich folglich um einen Werkvertrag i.S.d. §§ 631 ff. BGB.

Auch die Ansicht, dass hier ein Dienstvertrag vorliegt, ist mit entsprechender Argumentation gut vertretbar.

bb) Vertragsschluss

Die Parteien müssten den Vertrag wirksam geschlossen haben. Dies setzt ein wirksames Angebot und eine wirksame Annahme desselben voraus.

(1) Angebot

Es müsste zunächst ein Angebot vorliegen. Ein Angebot ist eine auf den Abschluss eines Vertrages gerichtete empfangsbedürftige Willenserklärung, die so genau bestimmt ist, dass der Empfänger mit einem bloßen „Ja" den Vertragsschluss herbeiführen kann.[6]

Hier könnte die X das Angebot abgegeben haben, indem sie auf ihrer Website den Routenplanungsservice für die Nutzer bereitstellte. Wesentliche Voraussetzung dafür wäre aber, dass sie an dieser Stelle schon mit Rechtsbindungswillen gehandelt hat. Denn ansonsten würde es sich bei der Bereitstellung der Website nur um eine rechtlich unverbindliche Aufforderung zur Abgabe von Angeboten, eine sog. *Invitatio ad offerendum* handeln. Ob die betreffende Partei mit Rechtsbindungswillen gehandelt hat, bestimmt sich nach dem objektiven Erklärungswert der Handlung, welcher durch Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist.[7]

Hier ist zu beachten, dass sich die Website der X an einen unbestimmten Kreis von Personen richtet. Mithin bestünde die Gefahr für X, dass sie sich – sollte das reine Einstellen der Seite ins Internet bereits ein verbindliches Angebot darstellen – zu einer unüberschaubaren Vielzahl von Verträgen verpflichten könnte, deren Erfüllung ggf. ihre (Server-)Kapazitäten übersteigt. Ebenso müsste sie mit jeder Person, die das Online-Formular ausfüllt, einen Vertrag abschließen, ohne vorher beispielsweise noch eine Möglichkeit zu haben, die Solvenz des Vertragspartners zu überprüfen.[8] Andererseits ist in diesem speziellen Fall zu beachten, dass es der X ja gerade darauf ankam, mit einer Vielzahl von Leuten Verträge abzuschließen. Auch dürften sich aufgrund des generellen Geschäftsmodelles ihre Unkosten für die Zur-Verfügungstellung der Leistung in Grenzen gehalten haben, so dass es aus Sicht des objektiven Empfängers nicht weiter relevant für X gewesen sein dürfte, wer genau auf ihr Angebot eingeht. Einzelne Zahlungsausfälle dürfte sie vielmehr mit einkalkuliert haben. Ebenso verhält es sich mit der Gefahr der übermäßigen Inanspruchnahme der Leistung; auch diese dürfte beim generellen Geschäftsmodell nicht weiter ins Gewicht fallen, zumal bei einer Nutzung der Website ja auch kein Verbrauch der Leistung eintritt. Der X kam es ersichtlich viel mehr darauf an, möglichst schnell möglichst viele Verträge zu schließen. Die vorstehenden Bedenken sind eher dann relevant, wenn per Vertragsschluss im Internet eine Ware erworben werden soll. Hier bot die X aber eine Werkleistung an, die direkt nach dem Ausfüllen

4 MK-BGB-*Busche*, 6. Aufl., 2009, § 631 Rn. 15.
5 Allgemein zum Content-Providervertrag als Werkvertrag MK-BGB-*Busche*, § 631 Rn. 279 m.w.N.
6 *Förster*, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl., 2011, Rn. 182.
7 MK-BGB-*Busche*, § 145, Rn. 10.
8 Vgl. Hoeren/Sieber-*Kitz*, Multimedia-Recht, Teil 13.1, Rn. 85 [Stand: Aug. 2012].

des Anmeldeformulars in Anspruch genommen werden konnte. Es entspräche dabei aus Sicht des objektiven Empfängers nicht den Interessen der X, dass der Nutzer schon auf ihr Angebot zugreifen kann, obwohl noch gar kein Vertragsschluss vorliegt.[9] Mithin ist hier aus Sicht des objektiven Empfängers ein Rechtsbindungswille gegeben. Die X hat mit dem Bereitstellen der Seite „www.routenplaner-services.de" ein verbindliches Angebot auf Abschluss eines Werkvertrages abgegeben.

Andere Ansicht mit entsprechender Argumentation gut vertretbar.

(2) Annahme

Die A müsste das Angebot der X auch angenommen haben. Eine Annahme ist eine ebenfalls empfangsbedürftige Willenserklärung, mit welcher der Empfänger sein vorbehaltloses und uneingeschränktes Einverständnis mit dem Inhalt des Angebotes anzeigt.[10] Die A könnte das Angebot der X angenommen haben, indem sie in das Online-Formular ihren Namen und ihre postalische Adresse eintrug und den Anmelde-Button betätigte. Allerdings hatte A die subjektive Vorstellung, dass sie kein kostenpflichtiges Angebot der X nutzen würde, sondern dass die Inanspruchnahme des Routenplaner-Services für sie nicht mit Kosten verbunden wäre. Es ist also fraglich, ob die Parteien sich überhaupt über die Kostenpflichtigkeit des Angebotes geeinigt haben oder ob insofern ein versteckter Dissens gem. § 155 BGB vorliegt. Für einen Dissens müssten die A und die X davon ausgehen, einen Vertrag geschlossen zu haben, obwohl sie sich über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt hatten.

(a) Vertragsschluss

Die A und die X müssten zunächst davon ausgehen, einen Vertrag geschlossen zu haben. Dies setzt aber voraus, dass es sich bei der Erklärung der Frau A überhaupt um eine rechtlich verbindliche Willenserklärung handelte. Sie müsste mit Rechtsbindungswillen gehandelt haben. Ausreichend ist nach der herrschenden Erklärungstheorie dafür das Vorliegen von potenziellem Erklärungsbewusstsein.[11] Dies ist gegeben, wenn A unter Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass es sich um eine rechtsverbindliche Erklärung handelte. Hier musste sie ihre Kontaktdaten eingeben, um die Website der X nutzen zu können, was ansonsten im Internet nicht eben üblich ist. Dies spricht aus der Sicht eines objektiven Empfängers dafür, dass zwischen A und X ein Vertrag geschlossen werden sollte, der die A über das bloße Surfen auf der Seite der X hinaus zur Nutzung derselben berechtigen sollte. Mithin handelte die A hier zumindest mit potenziellem Erklärungsbewusstsein. Sie gab folglich eine rechtverbindliche Erklärung ab. Die Parteien gingen hier also davon aus, einen Vertrag geschlossen zu haben.

Damit ist aber nicht gesagt, dass dieser Vertrag wirksam ist und sowohl A als auch X übereinstimmend von einer Kostenpflichtigkeit des Angebotes ausgingen. Dies ist im nächsten Schritt zu überprüfen. Im Übrigen hätte man einen Vertragsschluss mit den unten aufgeführten Argumenten aber auch gut vertretbar schon an dieser Stelle am mangelnden Rechtsbindungswillen der A scheitern lassen können.

(b) Einigungsmangel

Die A und die X müssten sich über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt haben. Dies könnte hier der Punkt sein, dass das Angebot der X kostenpflichtig sein sollte. Ob ein solcher Einigungsmangel vorliegt, ist durch Auslegung der Willenserklärungen der beteiligten Parteien nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB zu bestimmen.[12] Es ist also zu fragen, wie ein objektiver Dritter in der Lage der A die Situation beurteilt hätte.

Dabei ist maßgeblich darauf abzustellen, wie das Angebot der X hier gestaltet war und wahrgenommen wurde. Vorliegend war die Tatsache, dass es sich um einen kostenpflichtigen Vertrag handelte, nicht direkt auf den ersten Blick erkennbar. Vielmehr musste zunächst ein Link angeklickt werden, hinter dem sich der Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit befand. Auch war dieser Link am unteren Rande der Website platziert, so dass nicht zu erwarten war, dass ein Nutzer ihm zwangsläufig Beachtung schenken würde. Dies gilt vor allem dann, wenn man bedenkt, dass die Verlinkung den sehr vagen Titel „Allgemeine Informationen" trug, welcher nicht vermuten lässt, dass sich etwas so Wesentliches wie der Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit des Angebotes hinter ihm verbirgt.

Darüber hinaus kann man aufgrund der Fülle der im Netz angebotenen Informationen schon im Regelfall davon ausgehen, dass der durchschnittliche Internetnutzer sich kaum die Mühe machen wird, jedem einzelnen Link und jedem einzelnen Detail der Seite eingehendere Beachtung zu schenken, insbesondere wenn er eben nicht mit der konkreten Intention agiert, Verträge abzuschließen.[13] Es ist also von einem gesenkten Aufmerksamkeitsmaßstab des Internetnutzers in derartigen Situationen auszugehen. Dies gilt im vorliegenden konkreten Fall noch viel mehr aufgrund der Tatsache, dass derartige Routenplaner-Services,

9 Vgl. auch Hoeren/Sieber-*Kitz*, Multimedia-Recht, Teil 13.1 Rn. 90 m.w.N. zum Streit.

10 *Förster*, Allg. Teil des BGB, Rn. 182.

11 Vgl. MK–BGB-*Armbrüster*, Vor § 116 Rn. 27, § 119 Rn. 93 ff.

12 *Jauernig*, BGB, 14. Aufl., 2011, § 155 Rn. 1.

13 Vgl. OLG Frankfurt GRUR-RR 2009, 265 (Abo-Fallen); einen Überblick über die in den letzten Jahren zu Abofallen ergangene Rechtsprechung bietet außerdem *Seiler*, MMR 2010, Beilage Nr. 6, 11 ff.; MMR 2011, Beilage Nr. 7, 10 ff.

vergleichbar mit dem Angebot der X, im Internet im Regelfall kostenlos angeboten werden, so dass die A hier auch nicht von einer Kostenpflichtigkeit ausgehen und explizit nach Hinweisen über eine solche suchen musste.[14]
Etwas anderes könnte nur aufgrund der Tatsache gelten, dass sie ihre Kontaktdaten angeben musste, um die Seite der X zu nutzen. Dies ist im Internet durchaus nicht üblich und könnte den durchschnittlichen Nutzer zu erhöhter Aufmerksamkeit verpflichten.[15] Die A in ihrer Eile wendete diesen Sorgfaltsmaßstab nämlich nicht an.
Allerdings gibt es bei den vergleichbaren kostenlosen Angeboten im Internet eine Reihe von Seiten, auf denen man ebenfalls seine Kontaktdaten angeben muss, ohne dass dies den Abschluss eines kostenpflichtigen Vertrages zur Folge hat.[16] Die Eingabe dient eher zur schnelleren Wieder-Identifikation des Nutzers bei einer erneuten Inanspruchnahme des Services. Es ist also fernliegend, dass ein objektiver Dritter der Seite besondere Beachtung geschenkt hätte nur wegen dieses Eingabeerfordernisses.
Somit war die Erklärung der A hier nach dem objektiven Empfängerhorizont so zu verstehen, dass sie keinen kostenpflichtigen Vertrag schließen wollte. Mithin divergierten in diesem Punkt die Erklärungen der X und der A, ohne dass sie sich dessen bewusst waren.

(c) Rechtsfolge
Fraglich ist, welche Rechtsfolge dies nach sich zieht. Grundsätzlich ordnet § 155 BGB an, dass im Falle eines versteckten Dissenses das Vereinbarte gilt, sofern anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde. Hier ist aber zu beachten, dass X und A sich über die Kostenpflichtigkeit der Inanspruchnahme des Angebotes nicht geeinigt haben, der Dissens also eine der *essentialia negotii* des Werkvertrages betrifft. Es liegt daher ein Fall des gesetzlich nicht geregelten Totaldissens vor.[17] Ein Vertrag kommt zwischen den Parteien schon gar nicht zu Stande.
A hat das Angebot der X daher nicht wirksam angenommen.
Somit haben die Parteien keinen wirksamen Werkvertrag geschlossen. Ein Anspruch der X gegen A auf Zahlung des Werklohnes ist nicht entstanden.
Mithin hat die X gegen A keinen Anspruch gem. § 631 I BGB und es liegt kein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien vor. Die Klage der A ist also begründet.
Folglich ist ihre Klage zulässig und begründet. Sie wird Erfolg haben.

b) Hilfsgutachten

Fraglich ist, wie weiter zu prüfen wäre, wenn ein Vertragsschluss über einen Werkvertrag zwischen der X und der A zustande gekommen wäre.

c) Wirksamkeit

Der zwischen X und A geschlossene Werkvertrag müsste auch wirksam sein.

aa) Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB
Das Rechtsgeschäft könnte hier unwirksam sein gem. § 138 I BGB. Sittenwidrig ist ein Rechtsgeschäft immer dann, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht und weitere Umstände hinzutreten, die den Vertrag als sittenwidrig erscheinen lassen.[18]

(1) Auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung
Es müsste zunächst ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gegeben sein. Es ist zu bedenken, dass das Angebot, welches die X zur Verfügung stellte, im Internet in der Regel kostenlos angeboten wird. In diesem speziellen Fall verlangte die X dafür jedoch einen monatlichen Beitrag von acht Euro. Mithin besteht ein auffälliges Missverhältnis zwischen der angebotenen Leistung „Navigation" und dem zu zahlenden Entgelt.[19]

(2) Weitere Umstände (Subj. Element)
Außerdem müssten weitere, die Sittenwidrigkeit begründende Umstände vorliegen. Eine typische Fallgruppe ist dabei das Handeln mit einer verwerflichen Gesinnung. Hier war das ganze Angebot der X ersichtlich darauf ausgerichtet, dass Nutzer, die die Seite der X nicht sehr genau studieren, unbeabsichtigt einen kostenpflichtigen Vertrag schließen bzw. ihnen dies vorgespiegelt wird. Es ist kein anderer Grund ersichtlich, warum die X den Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit ihres Angebotes ansonsten so versteckt hätte platzieren sollen. Denn aufgrund der Tatsache, dass vergleichbare Routenplaner-Services im Internet von ihren Konkurrenten vielfach umsonst angeboten werden, musste es X bewusst sein, dass kaum ein Grund für einen vernünftigen Internetbenutzer bestehen würde, gerade ihr Angebot zu wählen.[20] Mithin ergibt sich eine verwerfliche Gesinnung der X. Es liegen also weitere, die Sittenwidrigkeit begründende Umstände vor.

14 Vgl. OLG Frankfurt GRUR-RR 2009, 265 (Abo-Fallen).
15 Vgl. LG Frankfurt MMR 2009, 421, 422 f.
16 *Klas/Schwarz*, VuR 2009, 341, 341; vgl. auch AG Marburg GRUR-RR 2010, 265, 265.
17 Dazu *Jauernig*, BGB, § 155 Rn. 1; MK-BGB-*Busche*, § 154 Rn. 3 m.w.N.; vgl. auch AG München VuR 2008, 398 m. Anm. *Ernst*.
18 Hk-BGB-*Dörner*, 7. Aufl., 2012, § 138 Rn. 14.
19 Vgl. *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3189, 3190.
20 Vgl. OLG Frankfurt GRUR-RR 2009, 265, 268 (Abo-Fallen); GRUR 2011, 249, 253 m. Anm. *Hövel*.

Somit ist das Rechtsgeschäft zwischen der A und der X sittenwidrig und daher gem. § 138 I BGB unwirksam. Es bestünde auch hiernach kein wirksamer Vertrag und somit kein Anspruch der X gegen A gem. § 631 I BGB.

bb) Wirksame Anfechtung

Wenn man aber die Sittenwidrigkeit verneint, wäre hilfsweise zu prüfen, ob der Vertrag hier anderweitig unwirksam ist. Dies könnte hier der Fall sein, wenn die A ihre Willenserklärung wirksam angefochten hätte, § 142 I BGB.

(1) Anfechtungserklärung

Dafür müsste sie zunächst eine Anfechtungserklärung gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner gem. § 143 BGB abgegeben haben. Hier schrieb die Frau A nach Erhalt der Rechnung an die X einen Brief, in dem sie erklärte, dass sie den Werklohn nicht zahlen wolle. Legt man diese Erklärung nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB aus, so ergibt sich daraus eindeutig der Wille der A, nicht mehr an dem mit X geschlossenen Geschäft festhalten zu wollen. X war gem. § 143 I 1. Var. BGB als Vertragspartnerin auch der richtige Anfechtungsgegner. Mithin hat die A hier eine wirksame Anfechtungserklärung abgegeben.

(2) Anfechtungsgrund

Die A müsste auch einen Anfechtungsgrund gehabt haben. Dieser könnte sich vorliegend aus § 123 I 1. Alt. BGB ergeben. Dann müsste die A zur Abgabe ihrer Willenserklärung durch arglistige Täuschung der X bestimmt worden sein.

(a) Täuschungshandlung

Es müsste zunächst eine Täuschungshandlung der X vorliegen. Eine Täuschung ist die bewusste Vorspiegelung, Entstellung oder das Verschweigen von Tatsachen zum Zwecke der Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums.[21] Im vorliegenden Fall ist fraglich, an welches Verhalten der X man hier anknüpfen soll. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit ihres Verhaltens liegt hier nicht in der Tatsache, dass sie die Nutzung ihrer Website an die Zahlung eines Werklohnes binden wollte, sondern dass sie nicht ausreichend darauf hinwies. Mithin käme hier eine Täuschung durch Unterlassen in Frage. Diese ist jedoch nur dann tatbestandmäßig, wenn den Unterlassenden eine Rechtspflicht zum Handeln traf und er dieser nicht nachgekommen ist.

(aa) Rechtspflicht aus Fernabsatzrecht

Diese Rechtspflicht könnte sich zunächst aus den Informationspflichten gem. § 312c I BGB i.V.m. Art. 246 §§ 1 I Nr. 7 EGBGB ergeben. Damit diese im vorliegenden Fall Anwendung finden, müsste es sich bei dem zwischen X und A geschlossenen Vertrag um einen Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312c I BGB handeln. Dies sind gem. § 312b I 1 BGB Verträge über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich Finanzdienstleistungen, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.

Entsprechend müsste zunächst ein Vertrag über die Lieferung von Waren oder Dienstleistungen vorliegen. Problematisch könnte hier sein, dass es sich bei dem von X und A geschlossenen Vertrag um einen Werkvertrag handelte. Der Begriff der „Dienstleistung" in § 312b I 1 BGB ist aber weit zu verstehen. Er umfasst nicht nur Dienstleistungen im rechtlichen Sinne, sondern relevant ist vor allem das sachliche Ergebnis. Auch Werkverträge fallen daher typischerweise in den Anwendungsbereich der Vorschrift.[22] Mithin liegt hier ein Vertrag über die Lieferung von Dienstleistungen vor.

Die X-GmbH handelte mit dem Betrieb der Website in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit und somit als Unternehmer i.S.d. § 14 I BGB.

Weiterhin müsste die A Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB gewesen sein. Dafür müsste sie mit dem Vertrag mit der X ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke geschlossen haben, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Hier plante die A bei ihrer Anmeldung auf der Website der X, den Routenplaner-Service sowohl für ihre berufliche Tätigkeit als auch später privat zu nutzen. Ob eine solche auch-Private Nutzung für die Begründung der Verbrauchereigenschaft ausreichend ist, ist umstritten.

Die Vertreter einer Ansicht gehen davon aus, dass schon eine nur untergeordnete gewerbliche Zweckbestimmung die Anwendung der verbraucherprivatrechtlichen Vorschriften sperre.[23] Mithin wäre die A bei der von ihr intendierten gemischten Nutzung der Website nach dieser Ansicht keine Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB.

Die Gegenansicht will es dagegen für die Bejahung der Verbrauchereigenschaft ausreichen lassen, wenn überhaupt ein privater Nutzungsanteil intendiert ist.[24] Nach dieser Ansicht wäre die A hier Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB.

Die Vertreter einer weiteren Ansicht fordern eine Differenzierung danach, welcher Nutzungszweck bei dem Vertrag überwiegt.[25] Hier wollte Frau A die Seite „www.routenplaner-services.de" zwar auch spo-

21 Hk-BGB-*Dörner*, § 123 Rn. 2.
22 MK-BGB-*Wendehorst*, § 312b Rn. 33.
23 *Jauernig*, BGB, § 13 Rn. 3; *Jauernig*, FS Schlechtriem, 2003, 569.
24 Vgl. zum AGB-Recht *Graf v. Westphalen*, BB 1996, 2101; *Schwerdtfeger*, DStR 1997, 499, 500.
25 MK-BGB-*Micklitz*, § 13 Rn. 40 m.w.N.

radisch für private Fahrten nutzen. Überwiegender Zweck sollte aber die Routenplanung für auswärtige Geschäftstermine sein. Es überwog also der gewerbliche Nutzungszweck. Mithin wäre die A auch nach dieser Ansicht keine Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB.
Gegen die zweite Ansicht spricht, dass sie den Zweck der Verbraucherschutzvorschriften überdehnt, indem sie auch solche Personen in den Anwendungsbereich mit einbezieht, die nicht schutzwürdig sind. Im Übrigen würde bei konsequenter Anwendung dieser Ansicht fast jedes Handeln, das eines Verbrauchers darstellen. Diese Ansicht ist daher abzulehnen. Die beiden anderen Ansichten kommen vorliegend zum gleichen Ergebnis, so dass zwischen ihnen nicht zu entscheiden ist. Die A war bei Abschluss des Vertrages keine Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB. Mithin liegt kein Fernabsatzvertrag gem. § 312b I 1 BGB vor. Die Informationspflichten gem. § 312c I BGB i.V.m. Art. 246 §§ 1 I Nr. 7 EGBGB finden keine Anwendung. Somit kann sich hieraus auch keine Rechtspflicht zur Aufklärung ergeben.

(bb) Rechtspflicht aus allgemeiner Interessenlage
Die Rechtspflicht könnte sich jedoch aus der allgemeinen Interessenlage ergeben. Sie besteht zumindest in Bezug auf solche Tatsachen, die für den anderen Teil offensichtlich von erheblicher Bedeutung sind, weil sie den Vertragszweck vereiteln oder gefährden können.[26] Bei der Werklohnforderung handelt es sich um eine der Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien. Insofern ist die Tatsache, ob ein Entgelt für die Inanspruchnahme der Leistung gefordert wird oder nicht von erheblicher Bedeutung für den Vertragspartner. Daher besteht eine Rechtspflicht, hierüber aufzuklären.
Durch das nur sehr versteckte Angeben der Kostenpflichtigkeit ihres Angebotes kam die X dieser Pflicht zur deutlichen Aufklärung jedoch nicht nach.
Mithin hat die X hier eine Rechtspflicht zur Aufklärung verletzt. Es liegt eine Täuschung durch Unterlassen vor.

(b) Rechtswidrigkeit
Mangels Rechtfertigung war diese auch rechtswidrig.

(c) Irrtum und kausale Willenserklärung.
Die A irrte auch über die Kostenpflichtigkeit des Angebotes und gab nur daher ihre Willenserklärung ab.

(d) Arglist des Täuschenden
Die X müsste auch arglistig gehandelt haben. Dies setzt voraus, dass sie die Täuschung vorsätzlich verübte, wobei ein bedingter Vorsatz ausreichend ist.[27] Das heißt die X müsste es zumindest für möglich gehalten haben, dass ihre Vertragspartner die Kostenpflichtigkeit ihres Angebotes übersehen und nur aufgrund dieses Irrtums einen Vertrag mit ihr abschließen und diese Folge billigend in Kauf genommen haben. Hier war der gesamte Internetauftritt der X so gestaltet, dass die Nutzer den Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit übersehen sollten. Der X ging es erkennbar sogar gerade darum, ihre Nutzer in diese „Abofalle" zu locken. Keine andere Begründung rechtfertigt sonst eine derartige Gestaltung der Seite.[28] Mithin handelte die X hier zumindest bedingt vorsätzlich und damit arglistig.

(e) Kein Ausschluss gem. § 123 II BGB
Die Anfechtungsgrund ist auch nicht ausgeschlossen gem. § 123 II BGB.
Mithin kann die A vorliegend den Vertrag gem. § 123 I 1. Alt. BGB wegen arglistiger Täuschung anfechten.

Wenn der Verfasser sich oben dafür entschieden hat, den Vertragsschluss am nicht vorhandenen Erklärungsbewusstsein der A scheitern zu lassen, wäre konsequenterweise außerdem an dieser Stelle an den Anfechtungsgrund des § 119 I BGB analog zu denken. Handelt der Anfechtende bei Abgabe seiner Willenserklärung nur mit potenziellem Erklärungsbewusstsein, so gewährt ihm die h.M. als Ausgleich zur Wahrung der Integrität seiner Willensentscheidung ein Anfechtungsrecht gem. § 119 I BGB analog.[29]

(3) Kein Ausschluss
Die Anfechtung dürfte nicht ausgeschlossen sein. Dies wäre hier der Fall, wenn die A sie nicht fristgemäß erklärt hätte. Bei einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung hat die Anfechtung gem. § 124 BGB binnen Jahresfrist zu erfolgen, gem. Abs. 2 beginnend mit dem Zeitpunkt, in dem die Täuschung entdeckt wurde. Hier erklärte die A die Anfechtung direkt nachdem sie von der X die Rechnung erhalten hatte. Mithin erfolgte ihre Anfechtung fristgemäß. Sie ist nicht ausgeschlossen.
Somit hat die A ihre Willenserklärung hier wirksam angefochten, so dass diese gem. § 142 I BGB *ex tunc* unwirksam ist. Es besteht also auch nach dieser Variante kein Anspruch der X gegen A aus § 631 I BGB und somit kein Rechtsverhältnis.

2. Anspruch nicht erloschen

Unterstellt man jedoch das Entstehen eines Anspruches, so wäre weiter zu prüfen:
Der Anspruch dürfte auch nicht wieder erloschen sein. Hier könnte die A den Vertrag jedoch wirksam widerrufen haben gem. §§ 346, 355, 357, 312d I 1, 312b BGB. Die Anwendbarkeit dieser Widerrufsvorschriften setzt aber voraus, dass es sich bei dem Vertrag zwischen A und um ein Fernabsatzgeschäft i.S.d. § 312b I 1 BGB handelt. Dies wäre jedoch nur dann der Fall, wenn A

26 BGH NJW 1979, 2243, 2243; NJW-RR 1998, 1406, 1406.
27 MK-BGB-*Armbrüster*, § 123 Rn. 13 f.
28 Vgl. OLG Frankfurt GRUR-RR 2009, 265, 268 (Abo-Fallen); *Härting*, K&R 2009, 351, 351.
29 Ausführlicher zum Streit MK-BGB-*Armbrüster*, § 119 Rn. 93 ff.

eine Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB wäre, was vorliegend nicht so ist (s.o.). Mithin finden die Vorschriften des Fernabsatzrechtes hier keine Anwendung. Die A könnte den Vertrag nicht wirksam gem. §§ 346, 355, 357, 312d I 1, 312b BGB widerrufen. Der Anspruch wäre nicht erloschen.

Das von § 312d I 1 BGB eingeräumte Widerrufsrecht war für den speziellen Fall von Dienstleistungen wenig durchdacht geregelt. Bis zum 3. August 2009 sah die Vorschrift in Abs. 3 Nr. 2 a.F. ein Erlöschen des Widerrufsrechtes bei Dienstleistungen bereits auch dann vor, wenn „der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat." Diese Alles-oder-Nichts-Regelung für Dienstleistungen erfuhr schon allgemein Kritik.[30] In den Abofallen-Sachverhaltskonstellationen nahm sie dem schutzwürdigen Verbraucher eine weitere Verteidigungsmöglichkeit gegen das Vorgehen der Seitenbetreiber. Denn regelmäßig lag in dem Zeitpunkt, in dem der Verbraucher erstmals die fragliche Abo-Website benutzte, ein „Ausführen der Dienstleistung" „mit ausdrücklicher Zustimmung" oder „auf Veranlassung" des Verbrauchers vor.[31] Der Gesetzgeber reagierte auf diesen Missstand,[32] so dass nun für das Erlöschen nach § 312d III BGB gefordert wird, dass der Vertrag auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers von beiden Seiten vollständig erfüllt wurde. Dem Verbraucher wird also in dem Moment, in dem ihm die Rechnung des Seitenbetreibers zugeht und er Kenntnis davon erhält, in eine Abofalle getappt zu sein, das Widerrufsrecht noch zustehen, so lange er die Rechnung nicht begleicht.[33]

3. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch ist auch durchsetzbar.
Mithin hätte die X nur dann gegen A einen Anspruch auf Zahlung des Werklohns gem. § 631 I BGB, wenn man ein Entstehen das Anspruches unterstellen würde.

B. Abwandlung

Die A könnte gegen X einen Anspruch auf Ersatz ihrer Rechtsanwaltskosten haben.

I. §§ 280 I, 241 II BGB

Ein Anspruch der A gegen X könnte sich zunächst aus §§ 280 I, 241 II BGB ergeben wegen einer nachvertraglichen Nebenpflichtverletzung der X. Dies würde aber voraussetzen, dass überhaupt ein Vertrag zwischen den Parteien bestanden hätte, was hier gerade nicht der Fall ist. Mithin ergibt sich kein Anspruch der A gegen X aus §§ 280 I, 241 II BGB.

II. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB

Die A könnte aber aus den §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB einen Anspruch gegen X haben.
Der Anspruch müsste entstanden sein, was zunächst das Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses i.S.d. § 311 II BGB voraussetzt.
Hier könnte dies ein Verhältnis nach § 311 II Nr. 2 BGB gewesen sein. Dafür müsste es im Verhältnis der X zu A zu Vertragsanbahnungshandlungen gekommen sein. Hier hatte die X ihre Website „www.routenplaner-services.de" geschaltet, um über das auf der Seite befindliche Formular Verträge mit Kunden abzuschließen. Mithin lagen durch das Erstellen und Online-Zugänglichmachen der Seite Vertragsanbahnungsbemühungen ihrerseits vor. Allerdings müsste die A der X auch im Hinblick auf die etwaige Begründung einer rechtsgeschäftlichen Beziehung die Möglichkeit zur Einwirkung auf ihre Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder anvertraut haben. Durch das reine virtuelle Surfen auf der Seite konnte die X aber gar nicht auf Rechtsgüter der A einwirken. Mithin lag hier kein vorvertragliches Schuldverhältnis i.S.d. § 311 II Nr. 2 BGB vor.
Es könnte jedoch ein ähnlicher geschäftlicher Kontakt i.S.d. § 311 II Nr. 3 BGB vorliegen. Dieser wird bei bestimmten Sonderverbindungen zwischen Parteien bejaht, typischerweise, wenn der eine Teil in einem von dem anderen Teil zu vertretendem Irrtum über die Person des Gläubigers oder des Schuldners ist und deshalb (zu Unrecht) den anderen Teil als seinen Verhandlungs- oder Vertragspartner ansieht.[34] Das Merkmal ist jedoch nicht allein deswegen erfüllt, weil jemand gegen einen anderen eine unberechtigte Forderung geltend macht. „Opfer" einer solchen Handlung zu werden gehört vielmehr zum allgemeinen Lebensrisiko unserer Rechtsordnung.[35] Hier liegt aber gerade ein solcher Fall vor. X macht gegen A unberechtigterweise eine nicht bestehende Forderung geltend. Die X selber irrte nicht über das Zustandekommen eines Vertrages, sie war sich der Unsicherheiten ihres Geschäftsmodelles sehr wohl bewusst. Und auch A sah die X nicht als ihre Vertragspartnerin an. Mithin lag auch kein ähnlicher geschäftlicher Kontakt i.S.d. § 311 II Nr. 3 BGB vor.
Es bestand also kein außervertragliches Schuldverhältnis der Parteien. Somit hat die A keinen Anspruch gegen die X aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB.[36]

III. § 823 I BGB

Weiterhin könnte die A gegen X einen Anspruch auf Ersatz ihrer Rechtsanwaltskosten gem. § 823 I BGB

30 So beispielsweise MK-BGB-*Wendehorst*, § 312d Rn. 55.
31 Zu Einzelheiten *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3189, 3191.
32 So ausdrücklich in der Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/10734, 1.
33 Weiterführend zur Neuregelung und den Problemen der alten Rechtslage *Meyer-van Raay/Deitermann*, VuR 2009, 335, 337 ff.
34 MKW-BGB-*Emmerich*, § 311 Rn. 76.
35 BGH NJW 2007, 1458, 1459 m.w.N.
36 Anders beispielsweise LG Mannheim MMR 2010, 241, 242 unzutreffend gestützt auf BGH NJW 2007, 1458.

haben. Für das Entstehen eines solchen Anspruches müsste sie aber zunächst in einem der dort genannten Rechtsgüter verletzt worden sein. Hier könnte die X die A durch die unberechtigte Geltendmachung der Forderung in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht als sonstigem Recht i.S.d. § 823 I BGB verletzt haben. Man könnte hier daran denken, dass dieses die Persönlichkeit des Einzelnen auch davor schützt, mit unberechtigten Forderungen überzogen zu werden.[37] Dies stellt jedoch eine Überdehnung des Anwendungsbereiches des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar. Andernfalls ließe sich eine große Anzahl von Schädigungen, die ansonsten mangels Rechtsgutverletzung nicht über § 823 I BGB ersetzbar sind, ebenfalls unter das Merkmal subsumieren.[38] Mithin liegt hier schon keine Rechtsgutverletzung vor. Die A hat gegen X keinen Anspruch gem. § 823 I BGB.

IV. § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB

A könnte gegen X einen Anspruch auf Ersatz ihrer Rechtsanwaltskosten gem. § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB haben.

1. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein.

a) Schutzgesetzverletzung

Die X müsste ein Schutzgesetz verletzt haben. Hier könnte sie gegen § 263 StGB verstoßen haben.

aa) Vorliegen eines Schutzgesetzes
Bei § 263 StGB müsste es sich zunächst um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB handeln.
Unproblematisch ist § 263 StGB eine Rechtsnorm i.S.d. Art. 2 EGBGB sowie ein Verbotsgesetz. Weiterhin soll es zumindest auch dem Schutz der Interessen Einzelner dienen. Ebenso fällt die A als eventuelles direktes Opfer eines Betruges auch in den individuellen Schutzbereich der Norm. Ihr betroffenes Interesse müsste jedoch auch von deren sachlichen Schutzbereich umfasst sein. § 263 StGB dient dem Schutz des Vermögens[39], zu dem auch der Betrag gehört, den die A für ihre rechtliche Verteidigung aufwenden musste. Mithin ist auch der sachliche Schutzbereich der Norm vorliegend eröffnet. Es handelt sich also um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB.

bb) Schutzgesetzverletzung
Die X müsste das Schutzgesetz verletzt haben. Dies ist der Fall, wenn sie den objektiven und subjektiven Tatbestand der Norm erfüllt hat.[40]

(1) Durch das Erstellen und Online-Verfügbar machen der Website
Dies könnte sie hier zunächst gegenüber der A und zu deren Lasten dadurch getan haben, dass sie die Website www.routenplaner-services.de erstellt und online verfügbar gemacht hat.

(a) Objektiver Tatbestand
Die X müsste den objektiven Tatbestand der Norm verwirklicht haben.

(aa) Täuschung
Dafür müsste sie zunächst eine Täuschung über Tatsachen begangen haben. Eine Täuschungshandlung liegt vor, wenn der Täter durch ausdrückliche oder schlüssige Behauptung unwahrer Tatsachen auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines – zum Irrtum fähigen – anderen Menschen einzuwirken sucht oder bei bestehender Rechtspflicht einen schon vorhandenen Irrtum oder eine sich bildende Fehlvorstellung nicht beseitigt.[41] Hier behauptete die X aber nicht explizit, dass ihr Angebot kostenlos sei. Außerdem enthielt ihre Website bei genauem Hinsehen sogar einen Hinweis darauf, dass die Nutzer einen entgeltpflichtigen Vertrag abschlossen. Eine Täuschung durch eine ausdrückliche Behauptung unwahrer Tatsachen scheidet mithin aus.
X könnte aber konkludent getäuscht haben.[42] In Anlehnung an die Rechtsprechung zum Formular- oder Adressbetrug kann auch bei insgesamt richtigen Angaben eine solche Täuschung vorliegen, wenn der Täter die Eignung der in ihrer Gesamtheit richtigen Äußerung, einen Irrtum hervorzurufen, gezielt einsetzt, um eine Täuschung hervorzurufen und den Adressaten seiner Erklärung zu schädigen. Die Irrtumserregung darf also nicht bloße Folge der Gestaltung des Angebotes sein, sondern vielmehr ihr Zweck sein.[43] Wie oben bereits ausgeführt, kann man allein aufgrund der Gestaltung der Website der X annehmen, dass diese nur dazu diente, die Nutzer in Xs „Abofalle" zu locken. Mithin bestand der Zweck für X hier gerade darin, gezielt durch die besondere Gestaltung der Website einen Irrtum hervorzurufen. Die schiere Masse der Kunden, die auf diese Täuschung hereinfielen spricht ebenfalls dafür, dass der Verkehr in seiner Gesamtheit die Offerte des X als kostenlos auffasste, mithin aus Sicht des Verkehres konkludent behauptet wurde, dass das Angebot der X kostenfrei sei.[44] Es liegt also eine konkludente Täuschung vor.

(bb) Kausaler Irrtum
Diese müsste auch einen kausalen Irrtum bei der A hervorgerufen oder unterhalten haben. Ein Irrtum ist eine Fehlvorstellung des Getäuschten, also die positive Vorstellung einer der Wirklichkeit widersprechenden

37 Vgl. AG Bad Homburg MDR 1986, 1028, 1028.
38 Im Ergebnis, allerdings ohne weitere Begründung BGH NJW 2007, 1548, 1549.
39 Lackner/*Kühl*, StGB, 27. Aufl., 2011, § 263 Rn. 2.
40 *Coester-Waltjen*, Jura 2002, 102, 104.
41 Schönke/Schröder-*Cramer/Perron*, StGB, 28. Aufl., 2010, § 263 Rn. 11.
42 Ausführlich *Eisele*, NStZ 2010, 193, 194 f.
43 BGH MMR 2004, 241, 243; *Klar/Schwarz*, VuR 2009, 341, 343 m.w.N.; kritisch dazu *Eisele*, NStZ 2010, 193, 194.

Tatsache, die Gegenstand der Täuschung war.[45] Hier ging die A aufgrund der Websitegestaltung der X nicht davon aus, einen kostenpflichtigen Vertrag abzuschließen, als sie sich auf der Seite anmeldete. Mithin rief die Täuschung auch einen Irrtum hervor.
Man könnte jedoch daran denken, die Tatsache zu berücksichtigen, dass die A die Website nur in Eile betrachtete. Hätte sie sie gründlicher untersucht, so hätte ihr der Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit auffallen können. Die Vertreter des sog. viktimo-dogmatischen Ansatzes wollen in solchen Fällen, in denen das Opfer eines Betruges die Tat ermöglicht, indem es den möglichen und zumutbaren Selbstschutz vernachlässigt, das Vorliegen eines Irrtums ausnahmsweise verneinen. Dies soll der Abgrenzung zwischen einem strafrechtlich relevanten Betrug und einer unbedenklichen Geschäftstüchtigkeit dienen, bei welcher man das Gegenüber nur in marktwirtschaftskonformer Art und Weise zu einer Selbstschädigung des Vermögens reizt.[46]
Allerdings ist ein leichtes Mitverschulden des Opfers beim Betrugstatbestand oft gegeben,[47] so dass es hier unzweckmäßig wirkt, das Vorliegen eines Irrtums allein schon deswegen zu verneinen. Im Übrigen werden vor allem leichtgläubige und sorglose Menschen schnell Opfer eines Betruges werden, so dass gerade sie des Schutzes des § 263 StGB bedürfen.[48] Mithin ist der viktimo-dogmatische Ansatz abzulehnen. Das Vorliegen eines Irrtums scheidet nicht aufgrund der mangelnden Aufmerksamkeit der A aus. Es lag ein Irrtum vor.

(cc) Vermögensverfügung
Die A müsste aufgrund des Irrtums eine Vermögensverfügung getroffen haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.[49] Hier ging die A aber nicht auf die Rechnungsstellung durch die X ein. Sie weigerte sich vielmehr, das von ihr geforderte Entgelt für das vermeintliche Abo zu zahlen. Mithin minderte sie so nicht ihr Vermögen, so dass in diesem Verhalten keine Vermögensverfügung vorliegt. In Frage kommen könnte höchstens eine Vermögensminderung durch schadensgleiche Vermögensgefährdung aufgrund des vermeintlichen Vertragsschlusses. Hier kam zwar kein Vertrag zu Stande, der Begriff der Vermögensverfügung setzt jedoch keine zivilrechtliche Wirksamkeit voraus.[50] Vielmehr sah die A sich hier der Gefahr ausgesetzt, dass die X sie trotzdem in Anspruch nehmen könnte. Mithin lag hier unter diesem Gesichtspunkt eine Vermögensverfügung vor.

(dd) Vermögensschaden
Weiterhin müsste der A durch die Vermögensverfügung ein Vermögensschaden entstanden sein. Ein Vermögensschaden ist immer dann gegeben, wenn sich der wirtschaftliche Gesamtwert des Vermögens durch die Verfügung des Getäuschten verringert, ohne dass diese Verringerung durch einen unmittelbaren Zuwachs oder auf andere Art und Weise gänzlich kompensiert wird.[51] Hier sollte die A für das Abonnement der Seite „www.routenplaner-services.de" einen Betrag von rund acht Euro monatlich zahlen. Sie sollte dafür im Gegenzug aber die Möglichkeit erhalten, das Online-Angebot der X zu nutzen. Dieser Anspruch könnte die Vermögensminderung wieder ausgleichen. Die Tatsache, dass vergleichbare Leistungen im Internet allerdings umsonst erhältlich sind, zeigt, dass diese Nutzungsmöglichkeit die Vermögensminderung, die A mit der späteren Zahlung an X erleiden sollte, nicht kompensieren würde.[52] Auf die Tatsache, dass die A die vermeintliche Verbindlichkeit nicht bereits erfüllt hat, kommt es dabei unter dem Gesichtspunkt der schadensgleichen Vermögensgefährdung nicht an (s.o.) Allerdings könnte man hier daran denken, dass die Gefährdung dadurch kompensiert wird, dass die A sich leicht wieder von der vermeintlichen Verpflichtung befreien kann durch Geltendmachung des Nichtbestehens eines Vertrages oder zumindest Anfechtung desselben. Bejaht wurde eine solche Kompensation beispielsweise, wenn dem Getäuschten ein vertragliches Rücktrittsrecht oder ein Widerrufsrecht nach verbraucherschützenden Vorschriften zusteht. Hier musste die A jedoch die Unwirksamkeit des Vertrages aufwändig geltend machen und sähe sich dabei des Beweisrisikos ausgesetzt, dass der Vertrag unwirksam ist.[53] Somit kann auch hierdurch die Vermögensminderung bei A nicht ausgeglichen werden. Ein Vermögensschaden liegt vor.
Mithin ist hier der objektive Tatbestand des Schutzgesetzes verletzt.
Das Vorliegen einer Vermögensverfügung/eines Vermögensschadens kann mit entsprechender Argumentation auch abgelehnt werden. In diesem Fall bestünde die Schutzgesetzverletzung in einem versuchten Betrug gegenüber und zu Lasten der A gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB.[54]

(b) Subjektiver Tatbestand
Die X müsste auch den subjektiven Tatbestand der Vorschrift erfüllt haben.

(aa) Vorsatz bezüglich aller Tatbestandsmerkmale
Die X müsste gem. § 22 StGB vorsätzlich bezüglich aller Merkmale des objektiven Tatbestandes gehandelt haben. Dies wäre dann der Fall, wenn sie die Tatbe-

44 Vgl. OLG Frankfurt GRUR 2011, 249, 252 m. Anm. *Hövel*; *Klas/Schwarz*, VuR 2009, 341, 344; *Ellbogen/Saerbeck*, CR 2009, 131, 134; *Härting*, K&R 2009, 351, 351; a.A. LG Frankfurt MMR 2009, 421, 422 f.
45 Lackner/*Kühl*, StGB, § 263 Rn. 18.
46 *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3189, 3193; *Ellbogen/Saerbeck*, CR 2009, 131, 134 m.w.N.
47 *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, 2. Aufl., 2009, § 20 Rn. 4.
48 *Achenbach*, Jura 1984, 602, 603.
49 Lackner/*Kühl*, StGB, § 263 Rn. 22.
50 Vgl. Schönke/Schröder-*Cramer/Perron*, StGB, § 263 Rn. 55; BGH MDR 1974, 157, 157.
51 Schönke/Schröder-*Cramer/Perron*, StGB, § 263 Rn. 99 m.w.N.
52 So auch *Eisele*, NStZ 2010, 193, 198.
53 Vgl. MK-StGB-*Hefendehl*, 2006, § 263 Rn. 457 ff.

standsverwirklichung zumindest für möglich hält und aus bewusster Gleichgültigkeit gegenüber dem geschützten Rechtsgut in Kauf nimmt.[55] Hier lässt sich das Verhalten der X bezüglich der Gestaltung ihrer Website nicht anders erklären, als dass es ihr gerade darauf ankam, ihre Kunden über eine Kostenpflichtigkeit des Angebotes zu täuschen und daher zu einer Vermögensverfügung zu bewegen. Sie handelte also diesbezüglich sogar mit *dolus directus* ersten Grades, mithin vorsätzlich (§ 263 I StGB).

(bb) Absicht stoffgleicher Bereicherung
Aufgrund der Tatsache, dass es ihr auch darum ging, dass der von A zu zahlende Betrag ihr direkt zufließen sollte, handelte X auch mit der Absicht stoffgleicher (Eigen-)Bereicherung.

(cc) Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und Vorsatz diesbezüglich
Die von X erstrebte Bereicherung müsste auch rechtswidrig gewesen sein und sie müsste Vorsatz diesbezüglich gehabt haben. Rechtswidrig ist eine Bereicherung dann, wenn sie dem Täter nach der Rechtsordnung nicht zusteht.[56] Hier stand der X nach den zivilrechtlichen Regeln keine Zahlung der A zu (s.o.). Mithin war die erstrebte Bereicherung auch rechtswidrig. Diesbezüglich handelte sie auch vorsätzlich.
Mithin ist der subjektive Tatbestand der Vorschrift hier erfüllt.
Somit hat die X das Schutzgesetz verletzt gegenüber und zu Lasten der A, indem sie die Website einrichtete und betrieb.

(2) Durch die Geltendmachung der Forderung
Die X könnte hier das Schutzgesetz des § 263 I StGB gegenüber und zu Lasten der A ebenfalls verletzt haben, indem sie die Forderung gegen A geltend machte durch Senden von Mahnungen und Drohen mit der Einschaltung eines Inkasso-Unternehmens. Hierbei handelt es sich aber, aufgrund des vorher schon zu bejahenden Betruges, lediglich um eine mitbestrafte Nachtat.
Mithin hat die X das Schutzgesetz des § 263 I StGB gegenüber und zu Lasten der A nicht verletzt, indem sie die Forderung gegen A geltend machte durch Senden von Mahnungen und Drohen mit der Einschaltung eines Inkasso-Unternehmens.
Folglich hat die X hier das Schutzgesetz des § 263 I StGB verletzt.

b) Rechtswidrigkeit und Verschulden

Die X handelte auch rechtswidrig und vorsätzlich bezüglich der Schutzgesetzverletzung, mithin schuldhaft.

c) Rechtsfolge

Fraglich ist, welche Rechtsfolge sich daraus ergibt. Grundsätzlich schuldet der Schädiger den Ersatz derjenigen Schäden, die sich aus der Verletzung des Schutzgesetzes ergeben, nach Art und Umfang der §§ 249 ff. BGB. Die Kosten der A für ihre außergerichtliche Rechtsverteidigung beruhen äquivalent kausal auf der Schutzgesetzverletzung der X. Auch ist es nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht ganz fernliegend, dass man sich gegen ein Vorgehen wie dem der X professionellen Rechtsbeistandes bedient. Mithin stellen die Rechtsanwaltskosten hier einen ersatzfähigen Schaden dar.
Somit ist der Anspruch der A entstanden.

2. Anspruch nicht erloschen und durchsetzbar

Der Anspruch ist auch nicht erloschen und durchsetzbar.
Mithin hat die A gegen X einen Anspruch auf Ersatz ihrer Rechtsanwaltskosten gem. § 823 II BGB, § 263 I StGB.

V. § 826 BGB

Weiterhin könnte die A gegen X einen Anspruch auf Ersatz ihrer Rechtsanwaltskosten aus § 826 BGB haben.

1. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein.

a) Sittenwidriges Verhalten

Die X müsste sich hier sittenwidrig verhalten haben. Dies ist auch im Rahmen des § 826 BGB dann der Fall, wenn ihr Verhalten gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.[57] Hier verhielt sie sich zum einen schon sittenwidrig, indem sie mit dem entgeltlichen Routenplaner-Service eine stark überteuerte Leistung anbot (s.o.). Weiterhin zielt das gesamte Geschäftsmodell der X darauf ab, Nutzer in ihre „Vertragsfalle" zu locken und ihnen somit Leistungen abzuverlangen, die sie nach der Rechtslage nicht erbringen müssten. Sie versucht, sich die Unbedarftheit der Internetuser zu Nutze zu machen, um sich persönlich zu bereichern. Dieses Verhalten verstößt gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, ist mithin sittenwidrig.

b) Zufügung eines Schadens

Aufgrund des sittenwidrigen Verhaltens des X musste die A auch einen Rechtsanwalt einschalten, erlitt mithin die entsprechenden Kosten für diese Rechtsverteidigung (s.o.).

54 Vgl. AG Marburg, GRUR-RR 2010, 265, 266.
55 Schönke/Schröder-*Sternberg-Lieben*, StGB, § 15 Rn. 84.
56 Schönke/Schröder-*Cramer/Perron*, StGB, § 263 Rn. 172.
57 Jauernig-*Teichmann*, BGB, § 826 Rn. 3.

c) Vorsatz

Die X müsste vorsätzlich gehandelt haben. Im Rahmen des § 826 BGB ist zu beachten, dass sich dieser Vorsatz sowohl auf das sittenwidrige Verhalten, als auch die Schädigung zu beziehen hat, wobei ein Handeln mit *dolus eventualis* ausreicht.[58] Die X müsste also vor allem um die Möglichkeit des Schadenseintritts bei der A gewusst und diesen zumindest billigend in Kauf genommen haben. Geschäftsmodelle wie das der X beruhen darauf, dass massenweise Internetnutzer in die „Vertragsfalle" gelockt werden. Dabei ist es nicht unüblich, dass sich diese wehren, indem sie einen Anwalt einschalten. Der X dürfte dies bei ihrem Vorgehen schon aufgrund der Vielzahl an Fällen, in denen sie versuchte, auf diese Weise Gewinn zu machen, bewusst gewesen sein. Indem sie trotzdem weiter auf die beschriebene Art gegen die Nutzer ihrer Seite vorging, nahm sie auch billigend in Kauf, dass diesen Kosten für ihre Rechtsverteidigung entstanden. Mithin handelte sie hier auch vorsätzlich.

d) Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenseite muss die X der A die Kosten für die Einschaltung des Rechtsanwaltes als Schaden ersetzen, s.o.
Mithin ist der Anspruch der A gegen X hier entstanden.

2. Anspruch nicht erloschen und durchsetzbar

Der Anspruch ist auch nicht erloschen und durchsetzbar.
Die A hat also gegen X einen Anspruch auf Ersatz ihrer Rechtsanwaltskosten gem. § 826 BGB.

VI. §§ 91 ff. ZPO analog

Weiterhin könnte die A gegen X einen Anspruch auf Ersatz ihrer Rechtsanwaltskosten gem. §§ 91 ff. ZPO analog haben. Dafür müsste die Vorschrift aber im vorliegenden Fall analoge Anwendung finden können. Dies setzt zunächst das Vorliegen einer Regelungslücke voraus. Im Gesetz ist keine explizite Regelung vorgesehen, nach welcher derjenige, der sich außergerichtlich rechtlich wehrt, Ersatz seiner Kosten verlangen könnte, so dass vorliegend eine Regelungslücke besteht.
Diese müsste jedoch auch planwidrig sein. Der Gesetzgeber hat die Regeln der §§ 91 ff. ZPO geschaffen, um einen gerechten Ausgleich zwischen den Parteien eines Rechtsstreites zu schaffen und in letzter Instanz denen, die andere mit unberechtigten Forderungen überziehen, das Kostenrisiko eines verlorenen Prozesses aufzubürden. Allein die Tatsache, dass man zunächst mit einer unberechtigten Forderung überzogen wird, gehört dagegen zum allgemeinen Lebensrisiko.[59] Streng genommen müsste man sich zunächst gar keinen außergerichtlichen Rechtsbeistand suchen, sondern könnte es auf einen Prozess ankommen lassen, in dessen Zuge dann die §§ 91 ff. ZPO Anwendung finden würden. Aufgrund dieser allgemeinen gesetzlichen Wertung ist also anzunehmen, dass der Gesetzgeber hier bewusst eine Regelungslücke gelassen hat. Mithin liegen die Analogievoraussetzungen nicht vor.
Die A hat gegen X keinen Anspruch auf Ersatz ihrer Rechtsanwaltskosten gem. §§ 91 ff. ZPO analog.

VII. Ergebnis

Somit kann die A von X ihre Rechtsanwaltskosten sowohl gem. § 823 II BGB, § 263 I StGB als auch gem. § 826 BGB ersetzt verlangen.

---

58 Jauernig-*Teichmann*, BGB, § 826 Rn. 9.
59 BGH NJW 2007, 1458, 1459 m.w.N.